...sata per decidersi alli 22: Settembre 1794.

P E R

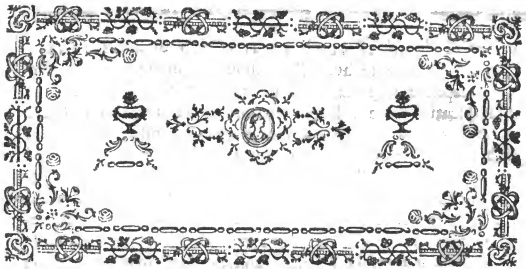
LO SIGNOR D. ANTONIO DE' FILIPPIS E SUOI FRATELLI

C O N T R O

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

A GIULIO, E DOMIZIO D'AMATO.

(10) Critem



IL Sacro Configlio ha condannato i fratelli D. Antonio, e D. Sebaſtiano de Filippis a rilaſciare in beneficio di Domizio, e Giulio d'Amato un territorio ſito nelle pertinenze di s. Vitagliano caſale di Marigliano. I fratelli de Filippis miei clientoli ſi ſon doluti di tal ſentenza col rimedio delle nullità, le quali ora dovendo io ſoſtenere, premetto i fatti, che neceſſarj ſono a fiſſar quegli aſſunti legali, da' quali ſi rileva la giuſtizia del gravame prodotto.

NARRAZIONE.

LA confraternita della venerabile chieſa di s. Gio: Battiſta del caſale di s. Vitagliano nell'anno 1697. poſſedeva varj terreni nel tenimento del mentovato caſale, e tra queſti ſpezialmente tre poderi denominati *Nunziatella*, *Starza*, e *Palmola*; il primo de'quali, ſecondochè i Governatori ſteſſi della chieſa confeſſarono, era dell'eſtenzione di moggia otto, del valore di ducati 140., e di annua rendita di ducati 11. (1). Il ſecondo era dell'eſtenſione di moggia 7., del

A va-

(1) *Fol. 16. a terg.*

valore di ducati 280., e di annua rendita di ducati 14.(1). Il terzo finalmente avea l'eſtenſione di moggia ſei, il ſuo valor capitale importava ducati 250., e dava di annua rendita ducati 12. (2). I Governatori della mentovata laical congregazione trovarono a locare con evidente utilità della chieſa queſti terreni per la durata di tre generazioni ad un tal Franceſco d'Amato. Quindi fu che dopo averne ottenuto l'aſſenſo apoſtolico, col decreto di *expedit* della curia Nolana conchiuſero il contratto di locazione fino a terza generazione. E quantunque nel contratto alcuna volta vi ſi foſſe gettata la parola d'enfiteuſi, ciò non oſtante non è da por dubbio, che il contratto non foſſe di locazione. Si rileva ciò ſoprattutto dal vedere, che l'annua corriſponſione, contro a quello, che diſpone Giuſtiniano nell'enfiteuſi eccleſiaſtiche, adeguava, e ſorpaſſava i frutti del terreno. In fatti per lo primo terreno detto la *Nunziatella* fu ſtabilita l'annua penſione di duc. 15., val quanto dire ſi convenne di pagar ducati 4. più degli annui frutti del terreno. Al ſecondo territorio detto la *Starza* fu impoſta l'annua mercede di ducati 17., maggiore degli annui frutti per carlini 30.. E per lo terzo denominato *Palmola* ſi convenne di pagarſi annui ducati 15. cioè carlini trenta di più degli annui ſuoi frutti. Ed oltre a tutto ciò in ben diciannove luoghi dell'iſtrumento ſi parlò di locazione, e di conduttore, e vi ſi appoſero i patti di eſcomputo, i quali al ſolo contratto di locazione convengono.

Franceſco d'Amato godè finchè viſſe di queſto contratto di locazione fino a terza generazione, conchiuſo co' Governatori della chieſa di s.Gio: Battiſta nel dì 25. marzo del 1698. Dopo ſeguita la ſua morte, ſiccome in tutto il rimanente della ſua eredità, così ancora in queſto particolar contratto di locazione gli ſuccedettero tre ſuoi figliuoli Ottaviano, Carlo, e Giuſeppe. Ma queſti fecero un attraſſo di annui eſtagli importanti la ſomma di ducati 260.. Quindi fu

(1) *Fol.* 31. *a terg.*
(2) *Fol.* 14. *a ier. & 16.*

fu, che per non eſpellerli da' fondi al padre loro locati fino a terza generazione, fu contenta la chieſa di s. Gio: Battiſta di ſubaffittar ella i terreni ad un tal Felice di Spezia per la durata di anni diece, incominciandi dal primo ſettembre dell'anno 1750., alla ragione di annui ducati 73. Ella tolſe così da mezzo i fittuarj a terza generazione per lo determinato tempo degli anni diece, tra'l quale, coll'eſtaglio importante in tutto ducati 730., che i ſuffittarj avrebber pagato, ſi ſarebbe rifatta degli attraſſi dovutile nella ſomma di ducati 260.; come altresì ſarebbeſi ſoddisfatta dell'annuo eſtaglio corrente di ducati 47., che per lo ſpazio di diece anni formava la ſomma di ducati 470. E dopo ſcorſi i mentovati anni diece i figli di Franceſco d'Amato ritornar doveano nel poſſeſſo della loro locazione a terza generazione (1).

Nell'anno ſeguente, e propriamente a' 7. novembre dell'anno 1751. piacque a' tre fratelli Ottaviano, Carlo, e Giuſeppe divider fra loro que' fondi, che la chieſa di s. Gio: Battiſta in forza della ſopraeſpreſſata convenzione avea ella ſubaffittati per lo ſpazio di anni diece. E queſta diviſione aver doveva il ſuo effetto dopo terminati gli anni diece del ſubaffitto fatto dalla chieſa a Felice di Spezia. In una tal diviſione ſpettò ad Ottaviano il fondo chiamato *Palmola*, a Carlo quello denominato *Nunziatella*, ed a Giuſeppe la *Starza*. Ottaviano dal ſuo matrimonio contratto con Maria Liguoro non ebbe figliuoli, ragion per la quale impreſe a ben vedere una nipote di ſua moglie chiamata Santella Viola. A coſtei, riputando egli di ſua libera diſpoſizione il fondo denominato *Palmola*, ne donò la proprietà unitamente a quella di alcune ſue caſe coll'obbligo di ſoddisfar taluni peſi alla ſteſſa ingiunti; dell'uſufrutto poi ne diſpoſe a favor di ſua moglie Maria Liguoro: il tutto con iſtrumento de' 23. aprile 1751. (2). Non guari dopo Ottaviano eſſendo vicino a morire col ſuo ultimo

(1) *Fol.* 128. *ad* 149.
(2) *Fol.* 129.

nuncupativo teſtamento nel dì 8. maggio 1752. ſcriſſe a ſe erede la moglie Maria Liguoro: confermò la donazione della proprietà delle caſe, e del territorio denominato *Palmola* a beneficio di Santella Viola; ed alla ſteſſa fece egli ancora un legato di duc. 30. Morto Ottaviano d'Amato, poichè per i tanti peſi ingiunti alla proprietaria Santella Viola riuſciva inutil per lei tanto la proprietà delle caſe, che del fondo denominato *Palmola*, fu ella contenta del ſolo legato de' duc. 30. da pagarſele da ſopra le caſe, e cedette in benefizio di Maria Liguoro ſua zia; che n'era l'uſufruttuaria la proprietà non meno del territorio denominato *Palmola*, che delle caſe con iſtrumento de' 25. giugno del 1752. E così venne ad unirſi in perſona di Maria Liguoro l'uſufrutto, e la proprietà delle caſe, e del terreno detto *Palmola* (1). Ma ella non però non avea il poſſeſſo di queſto fondo, poichè ritrovavaſi fin dal 1. ſettembre 1750. ſubaffittato per anni 10. dalla chieſa di s. Gio: Battiſta a Felice Spezia per cauſa degli eſtagli attraſſati, ed un tal ſubaffitto terminava al primo ſettembre del 1760.

Maria Liguoro, non oſtante che non poſſedeſſe il fondo, pur tutta volta volea venderlo nell'anno 1753. Ma per ciò fare vi abbiſognava il conſenſo de' Governatori della chieſa, i quali per mettere in ſicuro gli attraſſati eſtagli l'avean ſubaffittato a tutto il primo ſettembre 1760. Come altresì vi neceſſitava il conſentimento ancora del ſuffittuario Felice Spezia, che avea diritto di permaner nel fondo fino all'indicato giorno del 1. ſettembre 1760. Felice Spezia ſi contentò di cedere al ſuo diritto, ed i Governatori della chieſa nè anche furon diſſenzienti, purchè dal prezzo del fondo pagati loro ſi foſſero i duc. 72. 90., che reſtavano ancora a conſeguire per rata dell'attraſſo dovuto ſopra di queſto fondo denominato *Palmola*. Intavolato così il contratto, nel giorno 29. marzo 1753. Girolamo de Filippis comprò da Maria Liguoro per lo prezzo di duc. 293. 19. le miglioríe del fondo detto *Palmola*, ed entrò nel diritto della locazione a terza generazione del terreno della

(1) *Fol.* 129. *ad* 130.

la chiesa di s. Gio:Battista, pagando alla stessa dal mentovato prezzo i ducati 72. 90., dovutile dal fu Ottaviano per rata dell'attrasso degli annui estagli . Nell' istrumento intervennero oltre a' Governatori della chiesa , che vi prestarono il loro consenso, anche i due fratelli del defunto Ottaviano, Carlo, e Giuseppe d'Amato per mezzo del di loro special proccuratore , il quale in conformità del suo mandato promise, e convenne le seguenti cose. *A maggior cautela di detto compratore in detto nome , e per parte di detti magnifici Carlo , e Giuseppe d'Amato , e come loro proccuratore specialmente destinato per tale effetto ha rinunciato, e rinunzia a qualsisia ragione ed azione , che ora , ed in qualsisia tempo potessero spettare , e competere a detti suoi principali* LORO EREDI, E SUCCESSORI *sopra il detto territorio , siccome da ora in detto nome respettivamente , e di ciascheduno di loro spetta , e da il consenso alla vendita , suddetta, translazione di dominio, e retrocessione di censuazione, nel miglior modo ec.* Quindi parlandosi della evizione, che avesse potuto in qualunque futuro tempo avvenire, il proccuratore de' due mentovati fratelli uniformemente al mandato speciale obbligò *tutti , e qualsivogliano loro beni mobili, stabili , presenti , e futuri .* I due fratelli adunque del defunto, Carlo, e Giuseppe d'Amato obbligaron se stessi, e gli eredi di loro, ad avere per rata e ferma la vendita, e ne promisero ancor l'evizione.

Girolamo de Filippis godè finchè visse tranquillamente del fondo comperato, il quale essendo per le leggi di vietata amortizzazione divenuto allodiale, morendo il trasmise nell' anno 1780. a'suoi figliuoli ed eredi, D. Sebastiano, D.Antonio, D.Vincenzo , e D. Pasquale de Filippis, i quali senza doglianza di alcuno il possedettero fino all' anno 1782. In questo anno Domizio, e Giulio d'Amato, figliuoli ed eredi di Giuseppe d' Amato credettero, che l'istrumento stipulato nell'anno 1658. tra i Governatori di s. Gio: Battista, e'l diloro avo Francesco d'Amato, fosse un istrumento non già di locazione , ma sibbene d'enfiteusi. E leggendo in esso la espressione *usque ad tertiam generationem* opinarono, di esser

essi chiamati all'enfiteusi *ex propria persona*. Quindi fu, che dimentichi di esser' eredi di Giuseppe d'Amato, che consentì per se, suoi eredi, e successori alla vendita del territorio denominato *Palmola*, e ne promise l'evizione a favor del compratore, istituirono nel S. Consiglio un giudizio di revindica contro a' figli del compratore de Filippis. Ma in vece di domandar la revindica del fondo detto *Palmola*, ch'era quello, che da' de Filippis possedeasi, chiesero di revindicare il terreno denominato la *Nunziatella*, che da' miei clientoli non si è giammai posseduto. Fu dato termine nella causa, e dopo di essersi questo compilato, perciocchè non vi fu chi le ragioni de' possessori del fondo indicasse, nè anche al valente uomo commessario di questa causa, il S. Consiglio nel dì 6. febbrajo 1795. proferì la sua sentenza ne' seguenti termini: *Condemnamus Antonium, & Fabianum de Filippis ad relaxandum territoria in actis deducta in beneficium D. Dionisii, & D. Julii d'Amato una cum fructibus a die litis contestatæ, pro quorum liquidatione in biduo audiantur partes*. D. Antonio de Filippis ne produsse avverso di una tal sentenza alquanti capi di nullità, e susseguentemente ricorse alla M. del Sovrano chiedendo, che la discussion delle nullità da essolui prodotte si facesse con ministri aggiunti. Il Re precedente consultò del Presidente del S. C. di felice ricordanza Baldassarre Cito rescrisse in sì fatta maniera: *Ha risoluto il Re in conformità del parere del passato Presidente del Consiglio Marchese Cito, che nella discussione delle nullità pendenti nella causa in Consiglio tra D. Antonio de Filippis di Casdevero Casale di Marigliano, e Domizio, e Giulio d'Amato v' intervenga forzosamente il Consigliere Capece Zurlo, che non si trovò al tempo della decisione; v' intervenga anche d' aggiunto il Consigliere D. Tommaso Caravita, e che esso Consiglio senta le parti in Ruota, e seguita sarà la discussione delle nullità suderte non publichi il decreto, ma ne avvanzi alla M.S. relazione per attendere le ulteriori Sovrane determinazioni. Lo partecipo nel Regal nome al Consiglio per sua intelligenza, e per l' adempimento. Palazzo 11. Luglio 1795. Saverio Simonetti* (1).

Per

(1) *Fol.* 160.

Per le cose fin quì narrate fuori dubbio si rileva, che il giudizio, in cui noi versiamo, sia un giudizio di revindica. Or perchè in sì fatti giudizj l' attore dee di necessità dimostrare in persona sua la spettanza dell' azion promossa, io assumo a dimostrar' al S. C., che sien di questa sforniti i fratelli d'Amato per le seguenti ragioni.

I. Perchè il contratto primitivo tra l'avo loro, e la chiesa di s. Gio: Battista, d'onde prendon ragione gli attori non fu di enfiteusi, ma sibbene di locazione, la quale quantunque ecclesiastica, pur tutta volta per sua intrinseca natura è trasmissibile agli eredi estranei, e per consegnenza alienabile.

II. Perchè anche quando fosse quello un vero contratto di enfiteusi, per i patti in esso apposti si vede chiaro, che fu una enfiteusi *ereditaria*, ed *alienabile*, nella quale le parole, figli, nipoti, e pronipoti disegnano la sola durata del tempo.

III. Perchè qnantunque avesse quel contratto una vera forma di enfiteusi ecclesiastica di patto, e provvidenza, non è più da riputarsi tale, dopochè la consuetudine della Diocesi Nolana ha renduto alienabili siffatti beni, e liberi in ogni genere di commercio.

IV. Perchè qualora tutte le sopraddette ragioni non sussistessero, non potrà negarsi, che la legge del Re de' 17. agosto 1771. abbia per i beni enfiteutici delle chiese sciolto ogni vincolo di amortizazione, non solo impedendo la riversion de' beni alle chiese, ma accordando ancora a ciaschedun chiamato la facoltà di alienarli, quantunque esistente ancora fosse la linea contemplata.

V. Perchè anche quando tutto l' assunto mancasse, essendo gli attori eredi degli alienanti mancanti del benefizio dell' inventario, non possono esser' intesi nel giudizio presente.

VI. E finalmente dimostrerò, che la presente revindicazione fiesi malamente istituita, avendo gli attori chiesto di revindicare il fondo denominato la *Nunziatella*, il quale da' miei clientoli non si possiede.

CAPO I.

Il contratto ſtipulato a' 25. marzo 1698. tra Franceſco d' Amato, e la chieſa di s. Gio: Battiſta fu un contratto di locazione, traſmiſibile anche agli eſtranei, ed alienabile.

NEll' iſtrumento di conceſſione ſi legge, che i Governatori della chieſa di s. Gio: Battiſta: *Libere tertia generatione durante* LOCAVERUNT, *& conceſſerunt, &* TITULO LOCATIONIS, *& conceſſionis prædictæ per fuſtem, ſeu quaſi jure proprio, dictaque tertia generatione durante dederunt, ceſſerunt, renuntiaverunt &c. in emphyteuſim.* In altro luogo ſta ſcritto: *Territoria ut ſupra* LOCATA, *& conceſſa*, il che ſi ripete uniformemente in altri undici luoghi dell'iſtrumento. Ed altrove ſi legge, parlandoſi de' ceſſionarj, *dictorum Conductorum*, che ſi ripete in ben tre altri luoghi dell' iſtrumento, ne' quali occorre far menzione de' conceſſonarj. E finalmente nella diſpoſitiva del contratto l'iſtrumento così detta: *Ita quod ex nunc dicta tertia generatione durante, & non ultra ſervata forma dicti aſſenſus apoſtolici dicta territoria, ut ſupra* LOCATA, *& conceſſa ſub dictis annuis canonibus ducatorum nonaginta pro ratis ut ſupra declaratis ex preſentis* LOCATIONIS, *& conceſſionis cauſa tranſeant &c.*

Chi prende in eſame di che natura ſia queſto contratto, ſe d'enfiteuſi, o di locazione, può dubitarne fin tanto, che ſi ferma alle ſole parole del contratto, le quali dettano *locaverunt in emphyteuſim*. Ma ſe per poco ſi ponga a meditar sulle caratteriſtiche dalla legge ſegnate in definir l'uno, e l'altro contratto, non potrà più negare, di eſſere il noſtro un aſſoluto contratto di locazione, e non già di enfiteuſi. Prima di ogni altro ella è coſa ben riſaputa, che il contratto d'enfiteuſi fu introdotto per i ſoli campi inculti, i quali ſotto un annua corriſponſione davanſi a colonía col patto di doverſi migliorare, e piantare. Quindi fu, che il canone, che pa-

ga-

gavasi era una tenue prestazione diretta unicamente a riconoscere il dominio del fondo in persona del padrone. E perciò qualunque diminuzione fosse nel fondo avvenuta, l'enfiteuta era sempre alla prestazion del canone tenuto, dalla quale la sola perdita del fondo intero lo disobbligava (1). Posteriormente questo contratto fu esteso ancora a' fondi coltivati: ma il canone che stabilivasi non eccedeva mai il quantitativo de' frutti, che dal fondo pervenivano, anzi era sempre di quello minore, per dar così compenso all'enfiteuta, a cui negavasi l'escomputo per legge del contratto.

Il solo Imperador Leone trasportato da un soverchio zelo per la chiesa di Costantinopoli ordinò, che i fondi ecclesiastici conceder non si potessero per canone inferiore al quantitativo de' frutti (2). Ma l' Imperador Giustiniano conoscendone la disconvenienza all' indole del contratto, con una sua legge contenuta nel capo 3. della novella settima stabilì, che il canone dell'enfiteusi ecclesiastiche dovesse esser minore de' frutti effettivi provenienti dal fondo per una sesta parte. *Quia vero Leonis quidem piæ memoriæ constitutio sub nulla penitus diminutione dari rem ecclesiasticam sancivit: Nos autem in alia constitutione a nobis scripta sextam excipi solum super emphyteusim sancivimus.*

Fin tanto dunque, che le teorie delle concessioni ecclesiastiche in enfiteusi furon regolate colla novella di Giustiniano esse ebbero un canone per sesta parte inferiore a'frutti de'fondi conceduti, e rimasero nel vero aspetto di contratti enfiteutici.

Ma subentrato il diritto pontificio a regolar le concessioni de' fondi ecclesiastici, perciocchè fu da questo introdotta la massima, di non concedersi i poderi della chiesa *nisi in evidentem utilitatem*, i canoni stabiliti in siffatte concessioni furon sempre definiti in pensioni maggiori de' frutti effettivi del fondo. Ed il contratto avvegnachè alcuna volta

(1) *L.* 1. *C. de jur. emphyteut.*
(2) *L.* 14. *C. de sacros. Eccles.*

ta riteneſſe il nome di enfiteuſi, pur tuttavolta paſsò ad eſſer locazione, motivo per lo quale avvenendo caſo di conſiderevol perdita, ſi è ſempre a' preteſi enfiteuti, ma veri conduttori, accordata il diſſalco di parte della mercede. Quindi i dottori tutti non ſeppero fiſſare altra norma più ſicura da diſtinguer queſti due contratti, ſe non la quantità del canone. Io citerò tre dottrine in compruova dell' opinion ricevuta, una di Giulio Claro, l'altra del Fulginéo, e la terza del Cardinal de Luca.

Giulio Claro coſì ſcrive. *Quid autem differat ſimplex locatio ab emphyteuſi, ſunt termini omnibus notiſſimi. Et adverto, quia ſi præſtatur modica penſio, & in pecunia, debet potius judicari emphyteuſis, quam locatio, nam pro contractu emphyteutico ſolvitur quid minimum pro recognitione, & hæc eſt propria forma ejus, & in hoc omnes conſentiunt, ut dicit Natta conſilio XLIX. poſt numerum VII. Si vero præſtatur magna penſio, quæ ſcilicet fructibus correſpondeat, vel queſi, vel præſtatur aliqua pars fructuum, debet potius judicari locatio quam emphyteuſis, & quod quando penſio, quæ præſtatur, correſpondet fructibus, debeat de tali contractu judicari tamquam de locatione, potius, quam de emphyteutica conceſſione, dicit concludere comuniter ſcribentes Cagnol. in lege ſecunda numero CCII. C. de reſcindenda venditione* (1).

Franceſco Fulginéo nel ſuo trattato *de jure Emphyteutico* diſſe: *Aut præſtatur modica penſio, & tunc debet judicari emphyteuſis: quia de natura Emphyteuſis eſt, ut præſtetur quid minimum, in recognitionem dominj ut per doctores in lege 2. C. de reſcindenda venditione. Joan. Andr. in add. ad ſpec. de emptione, & vendit. §. nunc dicendum. Et eſt comunis opinio ut per Nattam conſil. 49. n. 7. Clarum §. emphyteuſis quæſt. 1. Aut præſtatur magna penſio, quæ fructibus correſpondeat; vel quaſi; vel præſtatur aliqua pars fructuum, & tunc debet potius judicari* LOCATIO, *quam emphyteuſis, & eſt magis communis opinio, ut per Cagn. in l. 2. C. de reſcindend. vendition. 2. 202. Clar. loco ut ſupra.*

Et

(1) *Clarus §. emphyteuſis quæſt. 1. in fine*

Et iſtum verum modum eſſe diſcernendi locationem ab emphyteuſi tradit Bartolus in lege 1. n. 4. & ibi Jaſon n. 35 C. de jure emphyteutico. Et doctores communiter in c. potuit de locat. Arctinus conſ. 55. n. 4. Alex. conſil. 112. n. 6. lib. 1. Ruin. conſ. 161. n. 21. l. 1. Bero conſ. 84. n. 15. lib. v. Natta qui de comuni reſtatur eodem conſilio 49. Cravet. conſ. 663. n. 12. dicens hanc eſſe communem. Burſ. conſil. 255. n. 1. Rol. conſil. 96. u. 25. lib. 1. Maſc. de probat: concluſ. 251. n. 9. vol. 1. Seraph. deciſ. 794. n. 3. cum ſeqq. & deciſ. 272. Menoch. de præſumpt: præſumpt: 155, n. 5. r. (1).

Ed il Cardinal de Luca, che più di ogni altro ſeppe la giuriſprudenza del foro nel ſuo diſcorſo trenteſimo ſulla materia d'enfiteuſi ci fa ſapere, che la Ruota Romana ritrattò una ſua precedente deciſione, e giudicò per locazione un contratto, che prima avea giudicato per enfiteuſi di patto e provvidenza, ſul principaliſſimo motivo di eſſere il canone corriſpondente a' frutti, e di trovarſi ſpeſſo fatta menzione di locazione, e di conduttori: *Conceſſa vero nova audientia, & repropoſita cauſa ſub die 15. maii 1662. recedendo a deciſis contrarium reſolutum fuit, & ex eo fundamento, quod contractus contineret magis perpetuam locationem, quam emphyteuſim, & conſequenter eſſet tranſitorius ad quoſcumque etiam extraneos, deducendo dictam contractus naturam, tum ex verbis, dum pluries dicitur* LOCATIO, *& recipiens vocatur* CONDUCTOR; *tum fortius ob circumſtantiam, quod annua reſponſio eſſet magna, & correſpondens fructibus; dum juxta præmiſſam facti ſeriem eſt major, quam eſſet locatio temporanea, qui eſt verius ac præcipuus modus diſtinguendi locationem ab emphyteuſi* (2).

Or per fatto non è da recarſi in dubbio, che il territorio denominato *Palmola* dalla chieſa di s. Gio: Battiſta conceduto a Franceſco d'Amato nell'anno 1698. non daſſe altra annua rendita, che quella di ducati 12, e che prece-

den-

(1) *Prælud. quæſt. XV. n. 4.*

(2) *De Luca de emphyteuſ. diſc. 30. n. 2. in fin. & 3.*

dente assenso apostolico, e decreto d' *expedit* della curia Nolana incaricata di ciò dalla s. Sede, si accrebbe il canone a ducati 15. Il canone adunque stabilito non solo fu corrispondente a' frutti del fondo, ma maggiore ancora: e perciò non è da dubitare, che il contratto fosse stato di locazione fino a terza generazione, e non già di enfiteusi. Il differo le parti stesse, le quali in cento luoghi dell'istrumento chiamarono *locazione* il contratto, ed il concessionario *conduttore*.

Il Cardinal de Luca in parlando di un istrumento similissimo al nostro così ragiona: *Locationem potius, quam emphyteusim in contractu contineri ex pluribus cum sensu veritatis, clare mihi probari videtur, præsertim quia in investitura per octo vices partes usæ sunt verbo* LOCATIONIS, *recipientem quoque vocando* CONDUCTOREM. *Contractus autem talis dicitur, qualem partes vocant decis.* 110 *part.* 6 *recens. & frequenter in aliis. Et quamvis prima vice diceretur, quod* LOCARUNT, AC TITULO LOCATIONIS IN EMPHYTEUSIM CONCESSERUNT, *attamen cum per septem alias vices vocabulum* LOCATIONIS *repetitum fuerit, nunquam vero alterum emphyteusis, atque plures concurrerent conjecturæ, & circumstantiæ* LOCATIONEM *potius suadentes, ut infra, idcirco dictum unicum verbum* EMPHYTEUSIS, *utpote tot aliis repugnans, vel suffocatum remanere, vel improprie capiendum esse dicebam, nulliusque operationis in proposito esse, ut ex Ruino. & aliis allegatis, punctualiter, ac bene firmatur apud Burat. decis.* 334 *n.* 11, *& seqq. & in Romana Cosalis mediæ viæ coram Bevilacqua, ubi pariter hoc eodem termino* LOCATIONIS IN EMPHYTEUSIM, *cum facti substantia ex aliis resultans, verborum cortici, & formalitati prævalere debeat.*

Seguita il porporato a dire, che dalla sostanza del contratto sorgean degli argomenti a favor della locazione, il primo de' quali si era, che l' annua corrisponsione uguagliava i frutti del fondo. Che un altro argomento si era il veder pattuito espressamente, di non accordarsi diffalco dell' annuo estaglio per causa di peste, guerra, inondazion di fiume, o per qualsivoglia altra cagione: *Id enim ad oculum*

lum probare videbatur partes sentiisse genere contractum locationis, cui huiusmodi exceptiones convenire possunt, cum in vera emphyteusi tales difficultates nullatenus cadant. E nel nostro contratto un tal patto si legge espresso (1): *Absque diminutione, deductione, escomputo, seu defalcatione aliqua, etiam quæ de jure, aut consuetudine quocumque modo faciendæ esset, ac etiam non obstante quovis impedimento belli &c.* Anzi vi è di più, che i concessionari rinunziano *beneficio patientiæ præstandæ* CONDUCTORI, *& allegandi illam non fuisse præstitam.*

E soggiugne il Cardinal de Luca, che il leggersi nell'istrumento di concessione la clausola *ad habendum, tenendum, vendendum*, come nel nostro istrumento si vede, dee far giudicare il contratto piuttosto per locazione, che per enfiteusi. *Ista enim clausula ad duplicem effectum considerari debet. Unum nempe, ubi certum est agi de emphyteusi, an scilicet illam faciat hereditariam, ut infra. Alterum vero ad deducendum exinde conjecturam in casu dubio, quod de locatione potius, cui dicta clausula est connaturalis, partes senserint, quam de emphyteusi ecclesiastica, cui attenta ejus regulari natura, est opposita.*

Nè giova l'opporre, che talvolta siesi usata l'espressione di *canone*, perciocchè questa voce, secondo che la lettura dell'istrumento appalesa, si è avuta per sinonima colle altre *redditus*, & *census*. Diceśi nell'istrumento, d'essersi il fondo conceduto *ad annuum canonem, redditum, sive censum* (2). Come altresì non dee far peso, se alcuna volta si è parlato di *dominio utile*, e di *devoluzione*. La teoría non è mia ma è dello stesso Cardinal de Luca, che seguita così a dire. *Et quoad verbum* CANONE *emphyteusi potius conveniens, dicebam esse considerabile, quoties esset univocum, secus autem dum illud pro synonymo partes habuerunt, cum verbo* CENSUS *ac* RESPONSIONIS, *ut ponderatur apud Burat. decis. 34. n. 16., & frequenter in aliis decisionibus. Verbis im-*

(1) *Fol.* 15.
(2) *Fol.* 23.

importantibus dominium directum . . . . . atque conventis devolutionibus in ſpecie reſpondetur apud Buratt. dict. deciſ. 334. n. 15. & 17. cum ſeqq. quia non implicat eſſe locationem, ſive in certis caſibus devolutionem, vel contractus reſolutionem conveniri, ut habetur in Romana caſalis veteris 5. Maii 1653. §. finali coram Albergato (1).

Per le coſe fin quì dette ſembra, che il S. Conſiglio non debba più eſitare in decidere, che il contratto, che oggi viene in eſame, ſia un contratto di locazione, e non già di enfiteuſi. Or ſe il contratto fu di locazione, ne viene in conſeguenza, che il diritto acquiſtato da Franceſco d' Amato non fu riſtretto, e limitato a' ſoli eredi del ſangue, ma ſibbene libero, e traſmiſibile anche agli eſtranei durante la terza generazione, ch'era il tempo prefiſſo alla durevolezza del contratto.

Tutte le quiſtioni da' dottori agitate intorno all' articolo, ſe la parola *erede* uſata nelle conceſſioni eccleſiaſtiche, ſi debba intender del ſolo erede del ſangue, ovvero anche dell'eſtraneo, ſi ſono ventilate per i ſoli contratti d'enfiteuſi, giacchè per le locazioni non ſi è avuto giammai dubbio, che di lor natura foſſero alienabili, e traſmisibili agli eſtranei. In fatti lo ſtile dal noſtro S. Consiglio adottato fin dal tempo di Ferdinando I. è ſtato quello, di riputare l' enfiteusi ecclesiaſtiche del Regno traſmisibili agli eredi eſtranei, ſol perchè eſſendosi nel regno introdotto lo ſtile di approvarsi queſti tali contratti da Commeſſarj apoſtolici ſoltanto *in evidentem eccleſiæ utilitatem* pattuendo un cano ne, o corriſpondente, o maggiore de' frutti del fondo, riputar si doveano più toſto locazioni, e come tali alienabili.

Matteo degli Afflitti ſcriſſe: *Hodie ut plurimum cum decreto Sedis Apoſtolicæ Eccleſiæ Neapolitanæ concedunt* HABITO RESPECTU AD VALOREM REI, *& ſic quod tranſeat ad heredes quoſcumque . . . Et ſecundum ipſam opinionem vidi judicatum in conſilio Regis Ferdinandi Primi* (2). Da' tempi

(1) *De Luca de emphyteuſi diſc.* 31. *n.* 7. 8. 9.
(2) *Voet. ad lib. VII. tit. III.* §. 9. *D.*

pi dell'Afflitti fino al Preſidente de Franchis non ha mai il S.Conſiglio variato ſtile. Queſto valente uomo del noſtro foro ſcrive nella ſua decisione dugentrentacinque: *Omnes conceſſiones rerum eccleſiæ, ſive in emphyteuſim, ſive ad longum tempus, quæ priſcis temporibus, & ad preſens fiunt in hac civitate, conſueverunt fieri prævia commiſſione Sedis Apoſtolicæ in perſonam aliquorum in dignitate eccleſiaſtica conſtitutorum, qui videant an conceſſiones cedant in evidentem Eccleſiæ utilitatem, & ſi apparuerit illas cedere in evidentem utilitatem eas confirment, alias non, & in hujuſmodi conceſſionibus factis pro ſe, & heredibus, tamquam legitime, & canonice factis, quia ab Eccleſiis nihil abeſt;* CUM CONSTITUATUR CENSUS, SEU REDDITUS ÆQUIVALENS, IMO MAJOR FRUCTIBUS, SEU PENSIONIBUS, *Afflictus dicit in deciſione 386. vidiſſe judicatum in Conſilio Regis Ferdinandi primi, quod tranſeat ad heredes extraneos, & ſic etiam dicunt ibi noviſſime Addentes ſemper ipſos judicari vidiſſe, & ita Sacrum Conſilium alias judicavit in deciſione 100. ut idem Afflictus refert, & hanc opinionem ſequitur Simanca &c. Quinimo dicit Carolus Ruin. conſil.161 quod difficultas tunc eſt inter doctores an emphyteuſis eccleſiaſtica tranſeat ad eredes extraneos, quando fit conceſſio pro modico reddita, ſolvendo in recognitionem directi dominii, quia tunc vere erit contractus emphyteuticus. Sed quando promittitur redditus, ſive penſio, quæ correſpondeat fructibus,* QUIA ERIT POTIUS LOCATIO, *quam emphyteuſis, in his terminis non reperitur aliqua contradictio inter doctores, quia hoc caſu ſemper Eccleſia habebit æquivalens.* Tanto è vero adunque, che il contratto di locazione sia alienabile, ed ereditario ſemplice, che l'enfiteusi chieſaſtiche del regno si riputarono tali, ſol perchè furon credute più toſto locazioni, che vere enfiteusi.

Quindi poſſo conchiudere, che ſe per fatto è indubitato, che il contratto ſtipulato tra'Governadori della chieſa di s.Gio: Battiſta, e Franceſco d'Amato fu un contratto di locazione, ed altronde è sicuro per diritto, che le locazioni chieſaſtiche ſono di lor natura ereditarie ſemplici, ed alienabili, malamente ſon venuti i nipoti del primo conduttore a re-

vin-

vindicare un fondo, che beniſſimo poteasi dal zio, e dal padre loro alienare. Che ſe nel contratto di locazione di ſua natura traſmisibile anche agli eredi eſtranei si fece menzione di *figli*, *nipoti*, *e pronipoti*, ciò lo fu per designare ſoltanto la terza generazione, durante la quale dovea eſſere in piedi il contratto, e non già per dar diritto ad eſſi, come or ora dimoſtrerò.

CAPO II.

Ancorchè il contratto foſſe stato di enfiteuſi, fu ſicuramente una enfiteuſi ereditaria, *ed* alienabile, *nella quale le parole* figli nipoti, e pronipoti *diſegnano la ſola durata del tempo.*

FIn tanto che l'enfiteusi chieſaſtiche ſtiedero ne' veri termini di un tal contratto, ed ebbero un canone inferiore a' frutti effettivi del fondo, attender si dovea la novella VII. dell'Imperador Giuſtiniano. In queſta al capo III. era ſcritto: *Emphyteuſis autem ſive in ſanctiſſima matre Eccleſia, ſive in omnibus reliquis adorandis domibus fieri ſinimus, & in accipientis perſona, & in duobus ejusdem perſonæ beredibus deinceps, filiis tantum ſolis maſculis, aut fœminis, aut nepotibus utriuſque naturæ, aut uxore, aut viro, ſi hoc videlicet de uxore, aut viro expreſſim nominetur, alioquin non tranſire ad aliquem alterum beredem.* Quindi naque la teoría, che la enfiteusi ecclesiaſtica non foſſe trasmisibile ſe non a' ſoli eredi del ſangue. Ma rivocata la novella VII. dallo ſteſſo Imperador Giuſtiniano col capo VI. della novella CXX. fu accordato a tutte le chieſe dell'Impero, menochè a quella di Coſtantinopoli, la facoltà di concedere i proprj fondi in enfiteusi perpetua trasmisibile anche agli eredi eſtranei: *Licentiam igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non ſolum ad tempus emphyteu-*

teusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuo hæc eis emphyteutico iure volentibus dare. Giovanni Voet scrisse per la intelligenza di questo capo della novella: *Sed jure novissimo etiam rerum Ecclesiasticarum emphyteusis in perpetuum posse constitui sic, ut ad* CUIUSCUMQUE GRADUS HEREDES, SIVE COGNATOS, SIVE EXTRANEOS *devolvatur, sancitum est, solis Ecclesiæ Costantinopolitanæ rebus exceptis*. Dopo di questa novella dunque cessò di dirsi, che l' enfiteusi ecclesiastica fosse trasmisibile a' soli eredi del sangue, e cominciarono ad esaminarsi i patti nel contratto apposti per decider della qualità dell' enfiteusi, quantunque fossero ecclesiastiche. Ed io ho già avvertito nel primo capo di questa scrittura, che il S. Consiglio senza fermarsi alla qualità di beni chiesastici, e senza formare di tal qualità un *pregiudizio* fin da' tempi del vecchio Afflitti ha sempre deciso per enfiteusi *ereditarie* quelle, che portavano un canone corrispondente a' frutti del fondo, quantunque fossero enfiteusi di stabili appartenenti alle chiese.

A veder dunque se una enfiteusi sia di patto, e provvidenza, ovvero ereditaria, conviene non più fermarsi sulla qualità chiesastica, ma sibbene por mente all' indole del contratto, e de' patti ad esso apposti. Onde io esaminerò il contratto dal suo nascere fino al tempo della sua ultimazione. Nel memoriale da' Governatori della chiesa di s. Gio: Battista diretto alla sacra congregazion de' Cardinali fu esposto: *Aver trovato a concedere in emphyteusim a terza generazione l' infrascritti due corpi*. Chiunque si trova scevro di passione per la causa può ben riflettere, che con questa espressione non si vollero disegnar le persone de' *figli, nipoti, e pronipoti* per dar loro diritto al contratto, ma sibbene si volle designare il tempo, per lo quale durar dovea il contratto. Questo che da per se è chiaro, si rende innegabile col rescritto della sacra Congregazione, la quale decretò di commettersi al Vescovo di Nola, di prestar l' assenso *concedendi prædicta bona, ad tertiam generationem* TANTUM. La espressione dunque *a terza generazione* importa solo, che la concessione non dovesse oltrepassar la du-

durata del tempo, che in tre generazioni correva.

L' assenso apostolico interposto in seguito del rescritto della sacra Congregazione vieppiù chiarisce il mio assunto. Poichè in esso, dopo di essersi commesso al Vescovo Nolano di dar l' assenso al contratto *ad tertiam generationem tantum*, si legge: *Volumus autem, ut finita tertia generatione, dictum territorium ad Ecclesiam revertatur* (1). Che più si desidera per decidere, che le parole *a terza generazione* importano semplice durata di tempo? Per esecuzion di questo breve Apostolico la Curia Nolana dopo tutti i solenni accordò la facultà *concedendi in emphyteusim ad tertiam generationem tantum* (2).

In forza di questi atti si stipulò il contratto, nel quale Francesco d'Amato si costituì *pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta linea descendentibus.* Ma si costituì egli a questo modo, forse per fare acquistar diritto nel contratto a' *figli* suoi, *nipoti*, e *pronipoti* indipendentemente dalla qualità di suoi eredi? Ancorchè egli voluto l' avesse no 'l potea: e che sia così sta dimostrato a lungo dal rimonatissimo Antonio Fabbro. *Cum in concedenda, vel potius constituenda emphyteusi mentio expressa fit liberorum accipientis, sive patris stipulatio intervenerit aliqua, sive nulla, dico accipientis liberos non ex stipulatione succedere*, SED TAMQUAM HEREDES *stipulatoris, ut proinde mirum non sit admitti eos post mortem, & ordine successivo, cum viventis patris heredes esse non possint. Moveor autem ex eo, quod jam supra probavi, hujusmodi stipulationem non valere quantum ad expressas personas liberorum. Quænam enim ratio esse potest, propter quam liceat patri acquirere filio suo in emphyteusi potius, quam in rebus ceteris? Nonne eadem ratio & juris comunis, & patriæ potestatis obstare in emphyteusi debet, quæ in ceteris quoque rebus obstaret. Nec mutat quod generali fere gentium omnium consuetudine item obtinuit, ut ex Notarj stipulatione acquiri possit actio cuilibet etiam ab-*

(1) *Fol.* 20. *a terg.*
(2) *Fol.* 21.

absenti & ignoranti . Nam hoc etiam admisso , iis demum prodesse debet notarij stipulatio , qui possent ipsi stipulando sibi acquirere , in quorum numero non est filius familias , qui si ipse, sive solus, sive conjunctim cum patre stipularetur, procul dubio acquireret patri , non sibi (1) . Il fatto istesso non però dimostra, che nel costituto si fece menzione de' figli, nipoti , e pronipoti a solo oggetto di designare il tempo del contratto : imperciocchè immediatamente si soggiunse *tertia generatione durante.* Ma passiamo innanzi a veder la stipula. In essa sta scritto, che i Governatori della chiesa *locaverunt & concesserunt supradicto Francisco d'Amato supradicta tria territoria* (la concessione dunque vien fatta al solo Francesco d'Amato) *ad annuum canonem, sive censum* TERTIA GENERATIONE DURANTE . Dunque non si è conceduto a Francesco d'Amato, *suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus* , ma al solo Francesco d'Amato *tertia generatione durante,* e perciò è innegabile, che de'figliuoli, nipoti, e pronipoti si fece menzione nel costituto a solo oggetto di spiegar la durata della terza generazione , che fissava il tempo del contratto . Sono infiniti i luoghi dell'istrumento , ne' quali si scorge chiaro , che della terza generazione si fa menzione per sola designazion di tempo . Ma io debbo venire ad argomenti invincibili per dimostrar la qualità ereditaria della nostra enfiteusi . Dopo d'essersi detto nel contratto, che si concedeva al solo Francesco d'Amato durante la sua terza generazione, si soggiunge, *sub pactis emphyteuticis, & signanter sub infrascriptis.* Il primo patto si è questo, che l' enfiteuta debba *territoria locata , & concessa nullo unquam futuro tempore vendere, nec alienare in totum, nec in partem, irrequisitis Ecclesia, & Confraternitate , & pro eis Gubernatoribus præsentibus , & futuris Ecclesiæ prædictæ, & ipsis expectatis pro juris termino mensium duorum secundum naturam emphyteuticam, quia sic &c.* (2).

(1) *Faber de Error. Pragm. Decad. XXXIII. Error X. num.* 4. *& seqq.*

(2) *Fol.* 24.

Or mi ſi dica di qual natura mai era queſta enfiteuſi *ereditaria ſemplice*, o *di patto e provvidenza*? Se mi ſi riſponda, *di patto, e provvidenza*: io dico, che eſſendo l' enfiteuſi di ſimil genere per lor natura inalienabili, era inutile ſtabilire il patto, che non ſi doveſſe alienare ſenza il conſenſo della chieſa, giacchè l' enfiteuta non può alienare: ed alle chieſe è negato di aſſentire alle alienazioni dell' enfiteuſi di *patto, e provvidenza*. Ma le parole, *& ipſis expectatis pro juris termino menſium duorum, ſecundum naturam emphyteuticam*, chiariſcon chiunque, che l'enfiteuſi era *ſemplice*, ed *ereditaria*, imperciocchè ta' parole contengono in ſe il caſo della legge 3. *C. de jure emphyteutico* ſcritta per l' enfiteuſi ereditarie, ed alienabili. *Cum dubitabatur*, dice Giuſtiniano, *utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate ſuas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐπιβολήματα dicuntur, alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre, an ejus expectare conſenſum? Sancimus ſi quidem emphyteuticum inſtrumentum ſuper hoc caſu aliquas pactiones habeat, eas obſervari. Sin autem nullo modo hujuſmodi pactio interpoſita eſt, vel forte inſtrumentum emphyteuſeos deperditum eſt: minime licere emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sed ne hac occaſione accepta, domini minime concedant emphyteutas ſuos accipere pretia meliorationum, quæ inveneruntſed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutæ depereat: diſponimus atteſtationem domino trasmitti, & prædicere, quantum pretium ab alio revera accipi poteſt. Et ſi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præſtare quantitatem, quantam ipſe, revera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſum dominum omnimodo hæc comparare. Sin autem duorum menſium ſpatium fuerit emenſum, & dominus hoc facere noluerit:* LICENTIAM *emphyteutæ detur, ubi voluerit, & ſine conſenſu domini meliorationes ſuas* VENDERE. Perchè dunque l' enfiteuſi era ſemplice, ed ereditaria, e per conſeguenza di ſua natura alienabile, fu ſtipulato il patto della dinunzia da farſi in caſo di vendita al padron diretto, con doverſi quello aſpettare per lo ſpazio di due meſi, affinchè riſolveſſe

ſe

se volea, o nò esser preferito nella compra delle migliorie. *Ex hoc enim pacto prælationis* scrive, il Cardinal de Luca, *tamquam præsuppositivo facultatis alienandi resultare argumentum hereditariæ qualitatis firmatur in specie decisionis* 642. *numero* 10. *&* 11. *part.* 2. *recent. & decisionis* 29. *n.* 6. *part.* 3. *Placentina emphyteusis* 1. *martii* 1622. *coram Verospio* (1). E si avverta, che quì non siamo ne' termini di *clausola* apposta nella parte *esecutiva* del contratto, ma egli è questo un primo patto scritto nella parte dispositiva dell'istrumento.

Questo fu ancora lungamente spiegato coll'istesso istrumento, nel quale, dopo d'esserſi rapportati varj altri patti in seguela del primo che abbiam trascritto, si disse: *Ita quod ex nunc dicta tertia generatione durante, & non ultra, servata forma assensus apostolici, dicta territoria ut supra* LOCATA, *&* CONCESSA *sub dictis annuis canonibus, pactisque præscriptis, & non aliter, ex præsentis* LOCATIONIS, *&* CONCESSIONIS *causa transeant, & sint in utili dominio & possessione dicti magnifici Francisci, ejusque filiorum, nepotum, & pronepotum ad habendum, tenendum, possidendum,* VENDENDUM, *cum onere prædicti annui* CENSUS *modo quo supra, & respective ut supra requisitis prius dictis Gubernatoribus, & successoribus in Ecclesia prædicta, ipsisque expectatis pro juris termino mensium duorum, prout de iure emphyteutico est, & requiritur.* Fu data dunque tanto a Francesco d'Amato, quanto a ciascun de' suoi figliuoli, nipoti, e pronipoti, la facoltà di vendere, ed alienare a norma della citata legge di Giustiniano. Ed è questa l'enfiteusi di patto, e provvidenza, che per esserſi venduta da' figliuoli del concessionario, si vuole oggi da' nipoti revindicare?

Ma quì il mio contradittore risponde, che questa clausola *ad habendum &c.* perchè apposta alla parte esecutiva del contratto, non dee distrugger la natura *pazionata* dell'enfiteusi. E che, se si voglia attribuirle qualche forza, ella potrà essere operativa permettendosi l'alienazione tra le sole per-

sone compreſe nella inveſtitura, ma non mai può abilitar l' enfiteuta a vendere a perſone eſtranee. E ſi vale a tal uopo di alcune deciſioni della Ruota Romana rapportate dal Cardinal de Luca. Convien dunque, che or io colla magiſtral dottrina dello ſteſſo Cardinal de Luca amichevolmente il tragga fuori d' inganno.

Queſto dotto Porporato preſe in eſame un contratto di conceſſione in enfiteuſi fatta dal Capitolo di Bologna *pro ſe ejusque filiis, & deſcendentibus maſculis per lineam maſculinam in infinitum cum pacto renovandi ſingulis 29. annis*. Il figliuolo del primo conceſſionario aveva alienato il fondo vendendolo ad un eſtraneo. Era venuto il nipote in giudizio a revindicarlo, dicendo che l' inveſtitura era *di patto, e provvidenza*, e che la clauſola *ad habendum* diſtrugger non doveane la natura: *In quibus conſiſtebant actoris fundamenta*. Era dunque un caſo del noſtro aſſai più forte, e per eſſo ſi citavano quelle ſteſſe deciſioni della Ruota Romana, che per ſe il mio contradittore allega. Riſpoſe il Cardinal de Luca, che le deciſioni eran vere nel caſo loro, ma non applicabili alla quiſtione: *Dicebam*, egli ſcrive, *diſtinguendum eſſe inter caſum controverſiæ inter dominum poſt finitam lineam, ſeu generationem, prætendentem devolutionem, & extraneum, in quem abſque eius aſſenſu facta eſt alienatio. Et alterum caſum controverſiæ, inter ſucceſſorem alienantis, & extraneum, in quem cum domini præſertim aſſenſu alienatio facta eſſet.*

Deciſiones igitur prædictæ, tam Caietana, quam Romana coram Cerro, Bichio, & Meltio, agunt de primo caſu, quia nempe reſtricta conceſſione ad ſolos heredes ſanguinis, iſtis iam defectis, extraneus in quem ſine Eccleſiæ aſſenſu alienatio facta erat, impugnando devolutionem, prætendebat validam alienationem ob clauſulam ad habendum importantem alienandi facultatem, proindeque bene dicitur, clauſulam prædictam facere quidem ejus operationem, abſque tamen conceſſionis alteratione, ne induci dicatur contradictio, ſive ſubitanea correctio, & ſic eam intelligendam eſſe de licita alienatione etiam in extraneos abſque incurſu caducitatis, durante tamen inveſtitura, niſi in hac expreſſa prohibi-

bitio alienationis contineretur, quia tunc ad excludendum pariter dictum inconveniens contradictionis, seu subitaneæ correctionis, neque dictus effectus resultat, sed solum alter alienabilitatis inter comprehensos in investitura, quamvis remotiores, & absque necessitate servandi inter eos ordinem successionis alias de iure observandum, ita ut clausula prædicta sit in aliquo operativa, nec omnino fatua remaneat, & in his terminis procedunt auctoritates prædictæ, cum ad repugnantiam evitandam capi debeat ille intellectus, per quem compatibilitas, seu conciliatio inducatur.

Aut agitur de controversia inter successores agnatos, & cum in quem facta est alienatio, ita ut dominus directus non sit in causa, vel quia pro suo iure beneplacitum præstiterit, vel quia durante adhuc investitura nil sua interfit, bona penes unum, vel alterum existere: Et tunc licet formula pacti & providentiæ importet necessariam successionem heredum sanguinis iuxta ordinem proximitatis, & successive prohibitionem alienationis in extraneos, attamen ubi concurrunt dictæ clausulæ, neque appareat illas ad solum primum acquirentem iuxta dispositionem iuris restrictas esse, tunc cum incompatibilitas cesset, clausulæ faciunt suam operationem, atq. emphyteusis remanet alienabilis. Et ne forma pacti & providentiæ omnino inutilis, & otiosa dicatur illa remanet operativa, quatenus nempe dispositum expresse non fuerit, ad effectum, ut sub generica dispositione, vel in successione ab intestato ad cognatorum forte, vel aliorum favorem delata non veniat.

Qualora dunque la quistione si agita tra l'estraneo possessore, e l'agnato del primo enfiteuta, quantunque la concessione abbia una forma di *patto*, e *provvidenza*, pur tuttavolta la clausola *ad habendum* rende l'enfiteusi *alienabile*, e la chiamata de' figli si ristringe soltanto a fargli ottener l'enfiteusi, *quatenus expresse dispositum de ea non fuerit* dal padre, che abbia fatto in favor d'altri la sua general disposizione. Ma nel caso nostro non vi è bisogno di ricorrere a tanto, perchè dopo la clausola *ad habendum* si vede chiaramente accordato a ciascuna generazione la facoltà di vendere col consenso del padrnn diretto: cosicchè non resta

dubbio, che l'espressione di figli, nipoti, e pronipoti lungi dal contener *patto*, e *provvidenza*, altro non importi, che sola designazion di tempo.

Il S. consiglio con infinite sue decisioni avvegnachè i contratti portasser la forma *pro te, filiis, nepotibus, & pronepotibus*, ha sempre assoluto i terzi possessori dall' azion di revindica promossa da' discendenti del primo concessionario, interpetrando questa forma come designatrice soltanto della durata del contratto. In una concessione in enfiteusi fatta dal beneficiato del Ss. Salvadore di Nola ad un tal Domenico Auriemma erasi detto: *Pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta linea masculina tantum descendentibus, tertia ejus generatione durante*. Il fondo sì fattamente conceduto, erasi da' figliuoli del primo concessionario alienato alla famiglia Cardillo. Or essendo venuti i nipoti ad istituir la revindica sull' appoggio d'esser l'enfiteusi di patto, e provvidenza, fu dal S. Consiglio così deciso nel dì 14. aprile 1784. *Per hanc nostram regiam definitivam sententiam dicimus etc. Mariam Rosam & sorores de Cardillo absolvendas esse ab impetitis per Vincentium, & Aloysium fratres de Auriemma &c. Ubi enim in concessione emphyteutica ecclesiastica adsunt* CLAUSULÆ AD HABENDUM, POSSIDENDUM, VENDENDUM *&c. tunc quamvis concessio sit facta pro filiis, nepotibus, & pronepotibus est censenda* SIMPLICITER HEREDITARIA, ET LIBERÆ DISPOSITIONIS AD QUOSCUMQUE PROINDE QUAMVIS EXTRANEOS ALIENABILIS, ET TRANSITORIA; *quia licet regularis natura emphyteusis ecclesiasticæ sit intelligenda pro solis heredibus sanguinis, non tamen implicat ex verbis, vel clausulis diversam partium voluntatem ostendentibus, eam esse hereditariam, ut ex communi doctorum sententia, & speciatim Cardinalis de Luca tom.* IV. *de emphyteusi disc.* 35. *n.* 4. *&* 5. Ed in grado di reclamazione fu questa istessa sentenza di bel nuovo confermata nel dì 27. luglio 1793. (1).

Così del pari i Padri conventuali del monastero di Nola avea-

(1) *Fol.* 186.

aveano nell' anno 1699. conceduto in enfiteusi un fondo del lor monistero ad un tal Filippo Notaro *pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta ex linea descendentibus, tertia ejus generatione durante*. I figliuoli del primo concessionario aveano vendute le migliorazioni di quel fondo ad un tal Giuseppe Marotta, dalle mani del quale revindicar le voleano i nipoti del mentovato primo enfiteuta. La G. C. decise in lor favore, e fu dal S. C. la sua decisione confermata in grado di appellazione. Ma prodotte le nullità da' terzi possessori il S. C. con piena cognizion di causa decise nel dì 21. gennajo 1786. ne' seguenti termini (1). *Per hanc nostram definitivam sententiam dicimus, sententiamus, decernimus, & declaramus, Nullitates prædictas obstare; ac proinde Conventi absolvantur ab impetitis, & restituatur depositum. Neutram partem in expensis . . . S. C. mature perpenso toto instrumento, quo Patres monasterii, sub titulo s. Francisci de Assisio Minorum Conventualium civitatis Nolæ anno 1699. fundum in emphyteusim dederunt Philippo Notaro pro se, suisque descendentibus, per tres generationum gradus, filiis nempe, nepotibus, & pronepotibus, rem indubiam agnovit nominatos descendentes Philippi non ita fuisse designatos, ut unusquisque eorum tamquam absolute ex pacto, & providentia concedentium, & ab iis ex propria persona vocatus habendus esset: & ut nemo ex his concessionariis melioratines vendere, & utile dominium, in alium per cessionem transferre quivisset*: SED TANTUM AD INDICANDUM TEMPUS QUOUSQUE EA EMPHYTEUSIS PERDURATURA ESSET: *& hoc duplici argumento, ex apertissimis verbis ejusdem instrumenti concessionis manante, uno nempe, quod durantibus dictis tribus generationibus expresse data fuit vendendi potestas, addito tantum, quod venditio fieret requisitis Patribus dominis directis, eorumque accedente consensu: Altero, quo pactum fuit, quod si venditio ulla fieret, irrequisitis Patribus prædictis, continuo resoluta omnino emphyteusi, fundus ad Patres devolveretur. Ideo cum filii nominati Philippi melioratines vendidissent*

(1) *Fol.* 184.

anno 1723. *quond. Joſepho Marotta, eique dominium utile ceſſiſſent: & cum venditioni, & ceſſioni prædictæ præcipuus Patrum acceſſiſſet aſſenſus, nullum jus, nullaque actio competere poterat nepotibus nominati Philippi ad evertendam venditionem, ceſſionemque prædictam, & ad vindicandum fundum rite, vellegue translatum in perſonam prædicti de Marotta, ejuſque ſucceſſorum: tum quia hoc pacto ea emphyteuſis inter Patres, & Philippum Notaro condita patebat, quod omnino ſervandum eſt, legibus pro officio Iudicis ita paſſim præcipientibus: tum etiam quia communi Doctorum ſententia, & præſertim ex Cardinali de Luca in propria materia emphyteuſis Eccleſiaſticæ ad tertiam generationem conceſſæ Tom. IV. de emphyt. Diſcur. 35. n. 4.; & 5., aliorumque ab eo relatorum, ea vis eſt clauſulæ* AD HABENDUM, POSSIDENDUM, VENDENDUM *&c. ut emphyteuſis hereditaria alienabilis, & tranſitoria cenſenda ſit: quam ſententiam ſequutum eſt in judicando S. C., uti videre eſt præ ceteris in cauſa inter fratres de Auriemma, & ſorores de Cardillo, in Banca Actorum Magi: Quaranta, penes Scribam Sigismondo. Jure igitur merito S. C. prorſus abrogata præcedenti ſententia, qua perperam ad relaxandum fundum in actis deductum fuerunt condemnati fratres de Marotta, pro biſce pronunciandum cenſuit &c.*

Nella ſteſſa dioceſi di Nola il conſervatorio delle vergini del Tempio nell'anno 1699. conceſſe a Mattia Caſtaldo un podere in enfiteuſi *pro ſe, ſuiſque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta linea deſcendentibus, tertia eorum generatione durante.* Vennero i pronipoti dell'enfiteuta in giudizio, e chieſero nel S. C. di revindicare il fondo dalle mani di un tal Monteforte, a'cui per alienazione fattane da' nipoti era il fondo paſſato. Sentaſi la ſentenza del Conſiglio profferita a' 2. ſettembre 1786. *Per hanc noſtram regiam definitivam ſententiam decernimus &c. Magnificum Michaelem Monteforte abſolvendum eſſe ab impetitis per viduam Roſam Tonto matrem & tutricem Jacobi Caſtaldo &c. = Jure quidem merito per S. R. C. ita fuit decretum. In conceſſione enim in emphyteuſim facta a venerabili Templo Virginum Civitatis Nolanæ Matthiæ Caſtaldo ſeniori uſque ad tertiam ejus*

ge-

generationem non fuit verita alienatio territorii in emphyteusim conceſſi; IMO POTIUS EXPRESSE PERMISSA, DUMMODO PRÆCEDERET DENUNTIATIO DOMINO DIRECTO ET SEQUERETUR EJUS APPROBATIO, *quæ facto quidem accesſit in alienatione facta a Patre recurrentis; qui erat in secunda generatione, quoniam a novo emphyteuta Michaele Monteforte annuos canones per plures annos, abſque ulla proteſtatione recepit, ac proinde nullum jus, nullamque actionem competere poterat Jacobo Caſtaldo alienantis filio, pro revindicando territorio a patre vendito l. 1, & toto tit. D. de pactis; & arg. legis 14. C. de contrab. emptione, & venditione.* (1)

Non diverſamente nell' anno 1686. la chieſa di A. I. G. P. di Marigliano in dioceſi di Nola concedette a Domenico Porciello un ſuo podere in enfiteuſi *pro ſe, ſuiſque filiis, nepotibus, & proneporibus; uſque ad tertiam generationem ipſius Dominici*. Il terreno fu venduto ad Errico di Siena dal figliuolo del primo enfiteuta: quindi fu che il nipote iſtituì un giudizio di revindica nella G. C. della Vicaria, dalla quale fu condannato il poſſeſſore a rilaſciare il fondo. Ma prodottane l'appellazione in S. G. fu nel dì 17. ſettembre 1793. deciſo: *Præſenti noſtra definitiva ſententia dicimus, & declaramus bene fuiſſe appellatum pro parte D. Enrici de Siena, & male judicatum per noſtram magnam Curiam Vicariæ, ac proinde idem D. Enricus de Siena abſolvatur ab impetitis pro parte heredum quondam Dominici Porciello* (2).

Ed in una recente conceſſione fatta dal monaſtero del Carmine maggiore di queſta città nell' anno 1724. in benefizio di Tommaſo d'Avino, ſi leggeva *uſque ad ejus tertiam generationem, tam maſculinam, quam fœmininam incluſive, & non ultra*. Or eſſendo ſurta tra' diſcendenti del conceſſionario, e 'l terzo poſſeſſore ſimile controverſia per la revindica del fondo, il S. C. uniformemente alle ſue prece-

(1) *Fol.* 191.
(2) *Fol.* 188.

denti decisioni nel dì 7. luglio 1795. decise: *Conventi pro causa me eo actis pro parte favorum Ursulæ, & Mariæ Theresiæ d'Alvino absolvantur ab imperitis* (1). Nè debbo tralasciare, che in altra simil quistione agitata tra D. Gaspare Lionelli, e D. Vincenzio Longhi, il S. Consiglio a relazion del Marchese di Vilkarosa decise per la libertà dell' enfiteusi ne' termini di una concessione *tam pro se, quam pro filiis, & descendentibus* TANTUM, *tum masculini, quam femminini sexus in infinitum legitimis, & naturalibus ordine successivo.*

Da queste tante decisioni nasce quel diritto, che dicesi *moribus constitutum*, dal quale non è permesso al giudice discostarsi. Imperciocchè dice il giureconsulto Callistrato (2): *Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem,* AUT RERUM PERPETUO SIMILITER JUDICATARUM AUCTORITATEM *vim legis obtinere debere.* Il Consiglio adunque da' tempi dell' Afflitti fino a' giorni nostri, ha sempre uniformemente deciso per la libertà dell' enfiteusi ecclesiastiche, e ben' a ragione sperano i miei clientoli, che voglia questa volta ancora ritornare nel suo sistema.

CA-

(1) Il Processo è in Banca di Graziano, Scrivano Pietro Albano.

(2) *L. 38. D. de legib. & Senatus.*

CAPO III.

Quantunque il contratto aveſſe una vera forma di patto, e provvidenza non è più da riputarſi tale, dopochè la conſuetudine della Dioceſi Nolana ha renduto alienabili ſiffatti beni, e liberi in ogni genere di commercio.

IL dotto Cardinal de Luca ſcrive, che la clauſola *ad habendum &c.* appoſta all' enfiteuſi conceduta *pro ſe, & filiis* rende l' enfiteuſi ereditaria, ſpecialmente ne' luoghi, ne' quali *conſuetudo induxit in poſſeſſoribus facultatem alienandi ad inſtar allodialium, præsertim per contractus inter vivos* (1).

Or tanto è avvenuto nella dioceſi di Nola, dove i beni ſiffattamente conceduti ſono ſtati ſempre in una piena libertà di commercio. A dimoſtrar queſta conſuetudine ſi è eſibita la platéa della ſteſſa chieſa di s. Gio: Battiſta, dalla quale appariſce, che tutti i fondi da quella chieſa conceduti a terza generazione, si ſono tutti alienati dagli enfiteuti col conſenſo della chieſa, ed han fatto una infinità di paſſaggi per le mani de' terzi poſſeſſori (2). E tra gli altri beni venduti vi ſono ancora i fondi detti *Starza*, e *Nunziatella* conceduti a Franceſco d' Amato, de' quali il primo ora ſi poſſiede dopo due paſſaggi dagli eredi di Giuſeppe Barbella, ed il ſecondo da Saverio Autiello. Lo ſteſſo si è dimoſtrato ancora eſſer avvenuto de' beni enfiteutici della chieſa de' RR. PP. Agoſtiniani Scalzi (3). E queſto finalmente dimoſtrano le decisioni del Conſiglio da noi rapportate, le quali si ſono interpoſte per fondi eccleſiaſtici della Diocesi di Nola.

(1) *Diſc.* 35. *de emphyt. n.* 6.
(2) *Fol.* 169. *ad* 174.
(3) *Fol.* 175., 176.

Or io ricordo a tal proposito al S. C., che il Giureconsulto Ulpiano scrisse: *Cum de consuetudine civitatis, vel provinciæ considere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror,* AN ETIAM CONTRADICTO ALIQUANDO IUDICIO CONSUETUDO FIRMATA SIT. La consuetudine è un fatto, e questo l'ho io dimostrato colle tante alienazioni seguite nel tempo, che erano ancora esistenti le generazioni chiamate nell' investiture: ed ho dimostrato altresì, che siffatta consuetudine, secondo il prescritto della legge, è stata confermata in giudizj contraddetti mercè le giudicature dal S. Consiglio interposte per enfiteusi chiesastiche della Diocesi Nolana. E guai a tutti gli abitanti di quel paese, se il contrario sistema si adottasse dal S. Consiglio: perciocchè sarebbe lo stesso, che turbar la quiete di una provincia intera, e metter nell' incertezza la proprietà di que' possessori, i fondi de' quali per la maggior parte sono enfiteutici, conceduti la prima volta dalle chiese colla forma *pro te, filiis, nepotibus, & pronepotibus.*

CAPO IV.

La legge di allodialità pubblicata dal Re in agosto dell' anno 1771. ha dichiarato, di doversi riputare ereditarie, ed alienabili tutte l' enfiteusi chiesastiche del regno.

Non han però di che temere gli abitatori della Diocesi Nolana, del pari che tutti gli altri sudditi del nostro amabilissimo Sovrano: imperciocchè la legge di proibita amortizzazione pubblicata a' 17. agosto 1771. per l' enfiteusi ecclesiastiche, non solamente impedì la riversione de' beni alle chiese dopo terminate le linee de' concessionarj; ma accordò ancora agli enfiteuti la facoltà di alienare, quantunque finite non fossero le linee contemplate. E rendette

te così ereditarie semplici tutte l'enfiteusi chiesastiche del Regno, qualunque fosse la forma della lor concessione. Le parole della nostra legislazione son chiare: *E' venuto il Re coerentemente alle leggi del Regno, ed agli ordini reali in dichiarare* SUGLI ESEMPJ DI ALTRI STATI CATTOLICI, E DELLO STATO PONTIFICIO, *e per modo di dichiarazione spiegare, onde si comprenda anche il passato, che li beni conceduti in enfiteusi de' sudetti luoghi pii si considerino come allodiali del concessionario in ogni genere di commercio sotto il peso dell' annuo canone; che l' antico canone non si possa immutare;* CHE FINITE, O NON FINITE LE LINEE POSSONO I BENI SUDETTI ALIENARSI DAGLI ENFITEUTI.

L'espressione della legge è così chiara, che non esige un comento per dimostrare, che siesi esclusa l' *amortizzazion* di tali beni, anche nelle famiglie dell' enfiteuti durante le linee contemplate. Imperciocchè sta nettamente detto, *che si considerino allodiali del concessionario in ogni genere di commercio, e che finite, o non finite le linee possono i beni sudetti alienarsi dagli enfiteuti.* Ma poichè l'insana voglia di piatire nel foro vorrebbe dare a questa legge chiara, e non dubbiosa, una interpetrazion disadatta, e mal fondata, convien che io mi fermi all'esame della intelligenza, che il mio contraddittore dar vuole a questa provvidentissima legge del nostro Sovrano. Egli sostiene, che essendo stato unico, e solo oggetto del Re impedire i nuovi acquisti de' luoghi pii, e non già distruggere i contratti, che riguardavano gl' interessi delle persone laiche, non possano i miei clienti di quella legge valersi, per dimostrare, che tutte l' enfiteusi del Regno sien divenute ereditarie semplici, ed alienabili.

La dimostrazione non però del mio assunto è facile, ed è naturale. Il Re fece una tal legge sugli esempj di *altri Stati Cattolici, e dello stesso Pontificio*. Ma negli altri Stati Cattolici, e nello Stato Pontifizio l' enfiteusi ecclesiastiche, ancorchè abbiano forma di patto, e provvidenza, non solamente non si devolvono finite le linee, ma durando ancora le linee contemplate, si alienano, senza che gli ulteriori chiamati abbian diritto di dolersene.

Dun-

Dunque non può rivocarſi in dubbio, che del pari la noſtra legge municipale abbia permeſſo l' alienazione durante ancora le linee nell' inveſtitura compreſe.

Da ſcrittori chieſaſtici, e ſpecialmente dal Cardinal de Luca ſappiamo, che la forma delle conceſſioni in enfiteuſi praticata dalla Cattedrale di Fuligno ſia, *pro ſe, & ejuſque tantum filiis, & deſcendentibus ad tertiam generationem*. Non credo che il mio contraddittore poſſa immaginarſi una forma più ſtretta, per dirla a ſentimento ſuo di *patto*, e *provvidenza*. Eppure dal de Luca ſappiamo, che durando ancora la terza generazione *bujuſmodi bona ad inſtar allodialium, & indifferentium ſunt inter cives, & incolas in commercio, cum contractibus correſpectivis, ſub obligatione tamen, ac neceſſitate obtinendi aſſenſum vel renovationem reſpective, mediante ſolutione cujuſdam Laudemii, ſeu recognitionis, in qua major Eccleſiæ utilitas conſiſtit, ut in præfatis, & aliis ſimilibus Eccleſiis contingit*. (1)

Le conceſſioni praticate dalle chieſe del ducato di Ferrara ſono egualmente *pazionate*, ma ciò non oſtante per la conſtituzione di Bonifacio IX. i beni ſi reputano allodiali. *Quæ quidem allodialitas*, ſcrive la Ruota Romana, *operatur, ut bona prædicta cenſeantur mere hereditaria, & libera, de quibus emphyteuta ad favorem cujusvis extraneæ perſonæ libere valet diſponere, nedum* IN PRÆJUDICIUM PROXIMIORUM, SED ETIAM ULTERIORIS COMPREHENSI IN INVESTITURA (2).

Gli abitanti dell' abbadía di Farfa compoſta di 27. paeſi non avean altri beni, che fondi ad eſsi dall' abbate conceduti in enfiteuſi colla forma *pro te filiis &c. uſque ad tertiam generationem*. L'abbate ſoſtenendo, di eſſer conceſsioni di patto, e provvidenza, nella deficienza della terza generazione *ammenzava* i fondi, e rendéva inutili tutte le ipote-

(1) *De Luca diſc. 1. de emphyt.*

(2) *Gozzadin. cap. 86. ſub num. 24. verſ. Præterea dato. Cardin. de Luca de emphyteuſi diſc. 8. n. 4. Rota deciſ. 87. n. 13. cum Buratt. deciſ. 192. n. 7. coram Celſo, & deciſ. 521. num. 9. & ſeq. part. 19. tam. 2. recent.*

teche da' creditori su questi fondi acquistate. Questo impediva per sì fatto modo il commercio, che tutte le comunità di quel ristretto ricorsero al Pontefice Clemente VII. nell'anno 1658. Fu da questo formata una particolar congregazione di Prelati, nella quale il Cardinal de Luca sostenne la difesa di quelle università. Pretese quel valentuomo, che ad oggetto di non incepparsi il commercio si fosse deciso, che dopo terminate le tre generazioni non si dovessero i beni all'abbadía devolvere, e che quantunque la forma delle concessioni potesse riputarsi di patto e provvidenza, pur tuttavolta per sicurezza de' creditori e per una maggior libertà di commercio, si dovessero i beni riputare allodiali, ed ereditari. La congregazione stabilì quanto quel giureconsulto pretese, ed il suo stabilimento fu da Clemente VII. approvato con un moto proprio (1). *Ideque*, dice il de Luca, *cum magno, satisque probabili rationis fundamento, quia cum maior pars bonorum in regione existentium huiusmodi qualitatis esse soleat, hinc prorsus nimia commercii liberari praeiudicatum remanere, nisi hereditariam qualitatem, ad alienandi libertatem possessores haberent* (2).

Lo stesso Pontefice, con altro moto proprio fece la stessa dichiarazione per i beni enfiteutici delle chiese della città di Castello nell'istesso anno 1658. E quantunque le investiture soffero *pro se filiis, & nepotibus masculis, & in istorum defectum pro una filia, vel nepte*, pur tutta volta per la libertà del commercio non solo obligò le chiese a riconcedere dopo finite le linee, ma accordò a ciascuna generazione la facoltà di alienare, e contrarvi debiti *ratione feudi ecclesiastici commercii, quod aliàs, quodammodo interdictum remanere* (3).

Le chiese dello stato di Urbino praticavan la solita forma di concessione in enfiteusi *usque ad tertiam generationem*, ma per concordia passata tra 'l Comune di Urbino, e 'l Vescovo col Clero, ed anche in forza di un moto proprio

(1) *De Luca de emphyt. disc.* 8.
(2) *De Luca emphyt. disc. 3. n. 23. in fin.*
(3) *De Luca de emphyt. disc. 9. n. 10.*

conceduto da Urbano VIII. non solamente s'impedì la devoluzione di siffatti beni obligando le chiese a rinnovar le concessioni, ma furono dichiarati allodiali, *ita ut non amplius pacti & providentiæ, sed mere hereditaria censenda essent, proindeque bona redacta ad instar allodialium effecta fuerint liberæ dispositionis, eodem modo, quo ex satis rationabili quinimo necessario commercii motivo, ista, non consuetudine introductum est in Abbatia Farfensi, & in Episcopatu Mantuano, & per Bonifatianam in Lombardia* (1). non

L'allodialità dunque praticata, e ricevuta negli altri stati cattolici, e nello stesso stato Pontificio, ha sempre avuto due oggetti. Uno è stato quello d'impedire la devoluzione de' beni enfiteutici alle chiese, e l'altro di accordare a' possessori contro all'espressa forma di patto, e provvidenza, la facoltà di alienare, per metterne i beni in libero commercio, vietando nelle particolari famiglie quella amortizazione, che nasceva dalla forma pazionata delle concessioni. Or se il nostro amabilissimo Sovrano ha dichiarato, ch'egli volea ne' suoi stati osservato quello che negli altri stati cattolici, e nel pontificio si praticava, ed ha espressamente detto, che siffatti beni *si considerano allodiali del concessionario* IN OGNI GENERE DI COMMERCIO, E CHE FINITE, O NON FINITE LE LINEE POSSANO ALIENARSI DALL'ENFITEUTA, sembra che il sostenere, di non esser divenuti ereditarj, ed alienabili tutti i beni enfiteutici delle chiese del Regno, sia cosa non più convenevole all'istorico, ed al giureconsulto. E perciò sia qualunque l'indole del contratto, che io ho esaminato, sia locazione, sia enfiteusi, e questa si dica per quanto si voglia di *patto, e provvidenza*, non abbia pur forza la consuetudine della diocesi Nolana; i miei clientoli son sempre difesi da una legge vegliante del Regno, la quale non può esser distrutta per qualunque contraria giudicatura. Ed a serbar indenne una tal legge ha ordinato il Re, che il Consiglio non publichi il decreto, che sarà per fare in questa causa, ma ne faccia relazione, per attender le ulteriori sue sovrane deliberazioni.

CA-

(1) *De Luca disc. 19. de emphyt. n. 4.*

CAPO V.

Gli attori debbono essere rimossi dal giudizio di revindica, perchè come eredi di Giuseppe lor padre son tenuti all' evizione.

IO debbo rilevare un fatto, che sicuramente dovette sfuggire al S. C. allorchè interpose la sua prima sentenza. Nè ciò recar dee maraviglia, imperciocchè al dir del giureconsulto Nerazio: *Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit* (1). I fratelli Giulio, e Domizio d'Amato, che hanno istituito il giudizio di revindica son figliuoli di Giuseppe d'Amato, ed eredi universali dello stesso senza il beneficio dell'inventario. Egli è questo un fatto indubitato dimostrato coll'espressa accettazion del testamento paterno, e con una infinità d'istrumenti, ne' quali distraendo la robba ereditaria hanno essi stessi confessato d' esser eredi di Giuseppe lor padre (2). Or veggiamo cosa fece Giuseppe, per esaminare se sien costoro tenuti a prestare il fatto del defunto. Si senta l'istrumento di vendita: *Ed a maggior cautela di detto compratore, detto Reverendo D. Stefano* (era questi il procuratore speciale di Carlo, e Giuseppe d'Amato) *in nome e parte di detti magnifici Carlo, e Giuseppe d' Amato, e come loro procuratore specialmente destinato per tale effetto ha rinunziato, e rinunzia a qualsisia ragione, e azione, che ora, ed in qualsisia tempo potessero spettare, e competere a detti suoi principali*, LORO EREDI E SUCCESSORI *sopra il detto territorio, siccome da ora in detto nome da il consenso alla vendita suddetta*. Giuseppe d'Amato dunque non solo rinunciò al diritto suo dando il consenso alla vendita, ma rinunciò ancora al diritto, che i suoi eredi avrebber potuto avere *ex propria persona* su quel

(1) *L. 2. D. de iuris & facti ignor.*
(2) *Fol.* 112. 120. 121. 122. 123.
(3) *L. 67. §. 8. D. de leg. 2. L. 25. C. de fideicomm.*

quel territorio . Egli così facendo, durante la sua vita distraeva la cosa propria sua. Ma dopo la sua morte venne a distrarre ancora la cosa propria degli eredi, il che per legge è permesso (1). Nè possono costoro contro al fatto del defunto istituir l'azion di revindica, ancorchè tal'azione in essi nascesse per diritto particolare loro, e non ereditario. Imperciocchè ritrandosi come la stessa persona del defunto, siccome è vietato ad ognuno di venir contro al fatto proprio, così non si permette all'erede d'impugnare il fatto del defunto. Samuele Strichio nella sua tanto rinomata dissertazione, *De facto defuncti ab herede non præstando*, scrive: *Ratio in illa personæ unitate consistit, quia, uti nemo potest impugnare factum proprium L. post mortem 25. ff. de adopt. ita quoque nec heres factum defuncti, quia hoc in effectu juris factum heredis proprium censetur.*

Questa trita massima legale è appoggiata a' seguenti luoghi del jus civile . *Cum a matre domum filii, te sciente comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes* . QUOD SI VENDITRICIS OBTINET HEREDITATEM, DOLI MALI EXCEPTIONE, PRO QUA PORTIONE AD EUM HEREDITAS PERTINET, UTI NON PROHIBERIS (2).

Si ab eo, cujus servus fuisti, manumissus es: frustra libertatis controversiam sustines, maxime ab erede ejus, qui te manumisit: cum etsi jure libertas non processerit, RESPECTU TAMEN ADITÆ EREDITATIS VOLUNTATEM DEFUNCTI SUO CONSENSU FIRMARE DEBUIT (3).

Si patri tuo heres non extitisti, ex facta ab eo liberalitate titulo donationis non posse iura tua ledi, manifestissimi iuris est (4).

Successores eius, qui major vigintiquinque annis in solutum pro debito jure mancipia dedit, hæc revocare non posse constat (5).

Fi-

(1) *L.* 14. *C. de Reiv.*
(2) *L.* 7. *C. de liberali causa.*
(3) *L.* 24. *C. de donat.*
(4) *L.* 10. *C. de solut.*

Filium ob hoc, QUOD PATRI HERES EXTITIT, *prohiberi a patre ſuum ſervum manumiſſum in ſervitutem petere* (1). *Ex qua perſona quis lucrum capit, ejus factum præſtare debet* (2). La ſola eccezione, che queſta regola ſoffre, ſi è quando il contratto da principio foſſe eſpreſſamente reſiſtito dal diritto, e dichiarato nullo *ipſo iure*. Allora perchè allo ſteſſo defunto ſarebbe permeſſo d'impugnarlo, parimenti non dee eſſer negato all'erede, che veniſſe a ſperimentare un ſuo diritto particolare. Ma ciò non può dirſi nel caſo noſtro. Quelchè dal mio valente contradittore ſi è impreſo, ſi è, che le parole uſate nel coſtituto del contratto, *pro ſe, filiis, nepotibus, & proneporibus* abbiano per provvidenza del primo conceſſionario indotto un fedecommeſſo familiare ſu i fondi ricevuti. Lo ſia pure. Uno de' fedecommeſſarj dunque; qual ſi era Giuſeppe d'Amato, ha diſtratto il fedecommeſſo. Poſſono i figli, a' quali avrebbe egli dovuto laſciare il fondo dopo la ſua morte, eſſendo eredi del padre revindicarlo per diritto alle proprie loro perſone inerente? Riſponda per me il dotto Nicola Burgundio, che nell'opera ſua *de Evictionibus* ha tutta la materia eſaurita (3).

Si tamen a regulis juris declinare nolimus, ingenue confitendum eſt, petentem hæredem ſubmoveri poſſe per exceptionem doli mali. Nam ſi fideicommiſſum ſub conditione, vel incerta die relictum fuerit, certum eſt, & pluſquam certum, revocabiliter valet alienatio, l. ult. §. ſed quia C. Comm. de legat. 3. Si vero pure, vel poſt certum tempus, alienatio quidem nulla eſt: ſed tamen non eſt abſolute nulla, ſed tantum reſpective nulla; hoc eſt, favore tertiæ perſonæ, videlicet contemplatione & intuitu eorum, qui invitati ſunt ad fideicommiſſum. Phan. de inventar. hæred. p. 7. n. 149. Nam ſi illi, qui ad fideicommiſſum aſpirare poterant, vel defecerint, vel conſenſerint in alienationem, diſtractio valet, l. Qui ſolidum 78. §. prædium, l. Cum pater 77. D. de legat. 2. l. Quoties & ibi doct. C. de fideicomm. Gloſ. & D. ad

(1) *L. 31. D. de liber. cauſ.*
(2) *L. 149. d. de Reg. Juris.*
(3) *Burgundius de evictionib. cap. CV.*

ad l. Peto 69. §. fratre D. de leg. 2. Boer. deciſ. 12. n. 4. Et proinde quantum ad alienantem attinet alienatio tenet, Bart. ad l. poſt mortem D. de adopt. Caſtren. conſil. 451. Ruin. conſil. 203. n. 1. lib. 2. Menoch. conſ. 89. n. 84. Vant. de nullitat. tit. quoties & intra quod tempus n. 52. Phanuc. d. p. 7. n. 140. & nos ſupra cap. XLVIII. Et ſi impugnare eam tentaverit, repelletur per exceptionem doli mali: quia contra factum ſuum controverſiam movere non poteſt, l. Poſt mortem 25. D. de adopt. Caſtren. d. conſ. 451. item ſupra cap. CI.

Conſequenter ergo ſi filius fideicommiſſum proprio jure evellere conetur, repelletur per eamdem exceptionem, l. creditoribus C. de ſervo pign. dat. mauumiſſ. Roman. conſil. 7. v. 3. lib. 1. Fulgoſ. conſil. 67. Ruin. conſil. 25. n. 11. lib. 5. Pariſ. conſil. 34. in fine lib. 1. Socin. jun. conſil. 107. num. 11. lib. 2. Menoch. conſil. 87. n. 99. & late conſil. 89. Tiraq. de retract. gent. §. 1. Gloſ. 9. n. 50. Phanuc. d. p. 7. n. 140. Quia obſtrictus eſt ad evictionem, l. Vindicantem D. hoc tit. l. Cum a matre Cod. de rei vind. factumque patris præſtare debet, l. Ex qua perſona D. de reg. jur. hoc eſt habere licere, etiamſi perſona ejus nominatim non ſit comprehenſa in ſtipulatione: quoniam factum defuncti cenſetur eſſe factum hæredis, l. In omnibus D. de reg. iur. Qui adeundo hæreditatem, voluntatem defuncti conſenſu ſuo confirmare videtur, l. ſi ab eo C. de lib. eauſ. & ad omnia ſe obligare, quæ defunctus præſtare debuerat, §. heres quoque Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contr. l. Apud Iulianum in fine D. Ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eat. l. Si quis abſentis §. hæres Doct. de oblig. & act. in cuius ipſe locum ſucceſſit, perſonamque eius ſuccedendo repræſentavit. Cum igitur obligatio illa radices egerit in perſona defuncti l. Filium 31. D. de liber. cauſ. procul dubio in filium deſcendit, & ex perſona propria venienti obſtat exceptio doli mali. Sed quid opus tot ſuffragiis? Diſertis id verbis tradit Marcianus l. C. in l. Filius familias 14. §. cum pater & ibi Doct. D. de legat. 1. Cujus hæc eſt facti ſpecies: Fundus erat filio relictus ea lege, ne alienaret, & in familia relinqueret. Idem filius fundum diſtraxit & ex tribus liberis unum inſtituit, duos

duos exhæredavit. Marcianus ait, exhæredatos petere fideicommissum. Sed cur non etiam instituetus? quia ille factum patris præstare tenetur. Quid clarius dici possit non video. Et ideo miror plerosque tendere in contrarium contra manifestam iuris & æquitatis rationem. Nam quod dicunt, filium posse venire contra factum defuncti ipso iure invalidum: demus ita esse. Sed hoc factum non est tale. Quomodo potest esse invalidum ipso iure? cum in emptorem ipso iure dominium transeat? cum a nemine retractari possit pendente conditione? Quamvis autem conditione existente fideicommissarius possit revocare dominium, si tamen venditori successerit, repelli potest per exceptionem, non aliter quam defunctus, si conaretur ipse evincere. Quod autem addunt, filium posse venire contra factum defuncti, quod tendit ad fraudandum eum beneficio legis, hoc tum demum sic recte dicitur, quoties filius id quod alienatum est, aliter consequi non potest, quam amplectendo hæreditatem patris, uti ostendimus supra cap. 103. Sed si hæreditatem omittendo impugnare possit factum patris, eamdem adeundo, reddit se exceptioni obnoxium, late Menoch. d. conf. 85.

Ma vi è di più ancora, Giuseppe d'Amato non solamente prestò il consenso alla vendita per se, e per i suoi eredi, ma contrasse per se, e per i suoi eredi la stipulazione *emptori habere licere*, e si obbligò a prestar l'evizione in qualunque futuro tempo avvenisse la revindica, secondochè dall'istrumento appare. Or per quanto riguarda la stipulazione *habere licere*, Ulpiano scrive. *Stipulatio ista* HABERE LICERE SPONDES? *hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat: quæ res facit, ut videatur rem promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse: nemo autem alienum factum promittendo obligatur, & ita utimur; sed se obligat,* NE IPSE FACIAT *quominus habere liceat, obligatur etiam* NE HERES SUUS FACIAT, *vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.* Siamo appunto nel caso: Avendo Giuseppe d'Amato promesso al compratore, ed a' suoi eredi *habere licere* il fondo comprato, ed estendendosi questa ob-

obligazione contro a' ſuoi eredi, e ſucceſſori, è chiaro, che queſti non poſſono contro all'obbligo aſſunto dal defunto pruomuover la revindica, e toglier la roba al compratore.

Per quanto poi riguarda l'evizione da quello promeſſa, forma eſſa l'ultimo inſuperabile oſtacolo contro agli attori eredi ſuoi. Coſt oro, qualora ſi toglie a' compratori il fondo, ſon tenuti all'evizion promeſſa dal padre loro, ed in tal caſo la maſſima legale ſi è, *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio:* ed in conſeguenza opponendo i poſſeſſori l'eccezion del dolo malo, gli attori debbonſi dal giudizio allontanare. Samuele Strykio nella mentovata diſſertazione ſcriſſe (1): *Abſurdum vero eſſet, rem vindicare velle de qua teneor ad evictionem, poſt hanc enim contra me ipſum regreſſum inſtituret emptor; dolo itaque agit, qui petit rem, quam poſtea reſtituturus eſt, dicitur in L. 8. D. de except. doli mali. Dominus Brunnem: ad L. 11. C. de evict: Igitur quem d'evictione tenet actio, illum multo magis repellit exceptio. L. 17. D. de evict. Imo plane dici non poterit, hoc caſu hæredem poſſe niti jure proprio propterea, quod de evictione ſit obligatus, evictio enim oritur ex contractu, contractum vero ſervare tenetur, non ex propria, ſed ex defuncti perſona ex l. 13. C. de contrab. ſtip. Et ſi tandem concedamus, illum jure proprio poſſe rem vindicare, ſed actione empti ad præſtandam evictionem emptori obligari, de ſubtilitatibus ſaltem juris eſſemus ſolliciti, & in effectu nil lucri exinde haberet, cum de evictione emptori debeat reſpondere.*

Per tuttociò è chiaro, che o ſi riguardi il conſenſo da Giuſeppe d'Amato dato alla vendita, rinunciando ad ogni ragion ſua, e degli eredi ſuoi, o ſi attenda la difenſion promeſſa al compratore colla ſtipolazione *habere licere*, o finalmente ſi ha riguardo all'evizion da eſſo dovuta, ſon ſempre gli eredi ſuoi impediti a promovore il giudizio di revindica, ancorchè la ſpettanza in eſſi non naſca da qualità ereditaria. Queſta maſſima è ricevutiſſima nel foro, e

ne

(1) *Cap. 11. n. 77. 78. 79.*

ne'precisi termini d'enfiteusi scrive il Cardinal de Luca, che io spesso cito come ottimo testimonio della giurisprudenza forense: *Tutior, & brevior est possessoris defensio resultans ex qualitate hereditaria concurrente in actore, ob quam ex veriori, ac passim hodie recepta sententia, tenetur factum auctoris etiam ex jure proprio præcise servare, ut in terminis emphyteuticis, Fulgin. tit. de renunt. quæst. 10. n. 5. cum seqq. & in terminis fideicommissaris est receptissima propositio* (1).

Dello stile poi del nostro S. Consiglio ce ne assicura l'afflitti (2), il de Franchis (3) e 'l Reggente Donato Antonio de Marinis (4). Ed i fratelli Giulio, e Dominio d'Amato, il sanno per prova, perchè avendo istituito un giudizio di revindica *jure proprio nitentes* contro a taluni di casato Montagna, possessori di un fondo dal padre loro distratto, la G. Corte della Vicaria dicise, *quod Rev. D. Xaverius, Joseph, & Marianus Montagna absolventur ab impetitis pro parte Domitii, & Julii d'Amato.*

CAPO VI.

Gli attori han chiesto un fondo, che da' Signori de Filippis non si possiede.

NElla supplica, colla quale fu il presente giudizio introdotto si chiese di revindicare il fondo detto *la Nunziatella*, e questo istesso fu negli articoli ripetuto per parte degli attori. Non vi è dubbio, che tre furono i fondi conceduti in enfiteusi a Francesco d'Amato detti *Nunziatella, Starza, e Palmola*. Di questi nella divisione seguita tra fratelli Giuseppe, Carlo ed Ottaviano, spettò a Giuseppe la *Starza*, a Carlo *la Nunziatella*, ed ad Ottaviano il

(1) *De Luca de Emphyt. disc.* 35. *n.* 1. & 2.
(2) *Decis.* 285. *n.* 11.
(3) *Decis.* 83.
(4) *Resol. lib.* 1. *c.* 39.

il fondo detto *Palmola*. Ottaviano col ſuo teſtamento diſſe di poſſeder *Palmola*; la ſua vidua, ed erede vendendo il fondo al padre de' miei clienti diſſe di vender *Palmola*. E dalla platea della chieſa appariſce, che il fondo denominato *Palmola* fu quello, che da Franceſco paſsò ad Ottaviano ſuo figliuolo, e da queſto alla ſua vidua Liguoro, la quale ne fece vendita a' de Filippis. Il fondo adunque da' miei clientoli poſſeduto, non è quello per lo quale ſi è dagli attori il preſente giudizio di revindica compilato, e per conſeguenza la ſentenza dal Conſiglio interpoſta per lo riiaſcio del fondo denominato la *Nunziatella* non può, ne dee i miei clientoli ferire.

GONCHIUSIONE.

SEmbrami dunque, che per quanto ſi è da me finor dimoſtrato di ſanta ragione pretendono i Fratelli de Filippis dal S. C. la rivocazion della ſua ſentenza. Agli attori manca la ſpettanza, perchè il contratto, donde vogliono eſſi prender ragione, fu di locazione di ſua natura alienabile. Quando anche foſſe ſtato di enfiteuſi, non fu ſicuramente un enfiteuſi di patto, e pruvvidenza; tanto più, che per lo ſtile nella dioceſi Nolana adottato, ſiffatti contratti ſi reputano ereditarj, e traſmiſibili a qualunque perſona eſtranea: E poſto anche per vero, che la forma di quel contratto ſia ſtata di patto, e provvidenza, la legge di allodialità nel Regno pubblicata ha dichiarato ereditarie, ed alienabili tutte l' enfiteuſi chieſaſtiche, ancorchè eſiſtenti ſieno le linee contemplate. Che ſe poi ad onta di tutto ciò vi foſſe ancora, chi conſiderar voleſſe in perſona degli attori una ſpettanza, ſta pur dimoſtrato, che di queſta non poſſono eſſi far uſo, perchè loro il vieta la qualità ereditaria di Giuſeppe lor padre. E per ultimo chiaramente ognun vede d' aver eſſi compilato un giudizio per un fondo, che da' rei convenuti non ſi poſſiede.

Napoli 23. marzo 1797.

Felice Parrilli.

VAL
1524398